最高法院刑事判決

114年度台上字第4123號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官李海龍

上　訴　人

即　被　告　鄭明竹

選任辯護人　陳昱龍律師

上列上訴人等因被告違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年3月26日第二審判決（113年度上訴字第4080號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署111年度偵字第1449、2087號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於鄭明竹被訴販賣第一級毒品予張天送部分撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理　由

甲、撤銷發回(即鄭明竹被訴販賣第一級毒品予張天送)部分：

一、本件原判決以公訴意旨略以：上訴人即被告鄭明竹基於販賣第一級毒品海洛因以營利之犯意，於民國110年8月3日1時許，在臺北市士林區延平北路6段下洲美橋處，以新臺幣(下同)1萬元之價格，販賣海洛因3.5公克給張天送，因認被告涉犯毒品危害防制條例第4條第1項販賣第一級毒品罪嫌。惟經審理結果，認為不能證明被告有公訴意旨所指此部分犯行，因而撤銷第一審關於此部分之科刑判決，改判諭知被告無罪。固非無見。

二、惟按：

審理事實之法院，對於被告有利及不利之證據，應一律注意，詳為調查，綜合全案證據資料，本於職權定其取捨，依心證而為判斷，但此項判斷職權之運用，仍應受客觀存在之

經驗法則、論理法則所支配，非可任意為之，觀諸刑事訴訟法第2條第1項、第155條第1項規定即明。並需將取捨證據及得心證之理由，於判決內詳加說明，且不得將各項證據予以割裂，分別單獨觀察判斷。又證據雖已調查，但若仍有其他重要證據或疑點尚未調查釐清，致事實未臻明瞭者，即與未經調查無異，仍難遽為被告有利或不利之認定。如遽行判決，難謂無應於審判期日調查之證據未予調查之違法。

三、原判決認為不能證明被告有此部分被訴犯行，主要係以證人即購毒者張天送於警詢時，固指稱向被告購買海洛因，惟於偵查及原審審理時已推翻其警詢中之說詞，改稱並非向被告購買海洛因，且卷附通訊軟體LINE之對話，並無明示關於交易毒品之重要內容等節，均不能佐證張天送於警詢之證述為實在可信，為其論據。

㈠經查，張天送於偵查時，固證稱：警詢時，我不舒服，在「提藥」。我只知道賣海洛因的人外號叫「竹子」。警察拿口卡給我指認，告訴我「竹子」就是鄭明竹（被告）。但我不知道被告是誰，被告長的不像賣我毒品的人(見偵字第1449號卷第187至189頁)；於第一審審理時證稱：我確定沒有跟被告拿海洛因。於警詢時，指認犯罪嫌疑人紀錄表編號7所示之人(即被告)，警察說就是「竹子」，但我說長得不像，我當時在「退藥」不舒服，警察叫我先指認。又在我手機中有2個「竹子」，賣海洛因給我的「竹子」，在我手機裡沒有他的相片。法院提示我手機裡的被告的照片畫面，是警察調出給我看的，但不是我所說的「竹子」各云云（見第一審卷二第224頁至第225頁、第228頁至第229頁）。惟卷查，張天送於110年8月4日21時許初次警詢時供稱：我現在精神狀況有點差等語，因時值夜間，員警乃停止詢問而予其休息（見他字卷第30頁）。於翌日即110年8月5日9時許，張天送接受警方詢問時陳稱：我現在精神良好，可以接受製作警詢筆錄。警方詢問時是我在自由意識下陳述，沒有以暴力、脅迫、利誘等不法行為對我取供。我針對本案所述均實在等語

（見他字卷第31頁、第39頁至第40頁）。可見張天送於110年8月4日，為警查獲後，經過充分休息，於翌日110年8月5日製作警詢筆錄時，已表明其精神狀況良好，並明白供述其向被告購買海洛因等情。則其於偵查時及第一審審理時，所指其警詢時係處於「提藥」之精神狀況不佳，係受警方誤導而指認被告一節，是否實在?仍有詳加探究之必要。又張天送手機中LINE所示暱稱「竹子」之頭像，與警方於LINE之搜尋好友程式中，輸入被告於「台灣之星」之電話號碼，即出現暱稱「竹子」之頭像，且二者相同一節(見他字卷第7頁)。如果可信，上開二張「竹子」之頭像照片所示之人，是否即為被告?亦值再加研求。再者，張天送於110年8月5日警詢時陳稱：因為被告知道我家，為保障我本人及家人之安全，我不願意出庭指證等語（見他字卷第137頁），此與其於偵查及第一審審理時，以證人身分到庭作證，改變其於警詢中之說詞，其間關係為何?以上各節，事涉張天送於警詢時，其有無「提藥」而精神狀況不佳，以及其所指之「竹子」是否即為被告之認定，均有進一步調查、釐清之必要。

㈡卷查，張天送於警詢時供稱：我以LINE與「竹子」即被告聯繫，於110年8月3日，在○○市○○區○○○路0段下洲美橋處，以1萬元向被告買海洛因3.5公克。我行動電話內LINE暱稱「竹子」之頭像，就是跟我毒品交易之人。我們都是用LINE通話，只要我跟他說「我要」，他就懂我的意思，他會跟我約時間及地點，我們不會在LINE對話紀錄上明顯地說一些毒品交易的對話等語。如果無訛，是否就其與被告間交易毒品之方式、種類及金額等節，已為必要之證述？參以卷附LINE對話截圖、搜索目標現場地形勘查圖及現場照片、道路監視器影像截圖、被告所駕駛之車牌號碼000-0000自用小客車停車紀錄及路線圖（見他字卷第55頁、第57頁、第59頁、第161頁至第162頁、第181頁；偵字第2087號卷第23頁)所示：於110年8月2日21時33分許，張天送傳送「我大概12點左右才過去找你」，翌（3）日0時35分許、1時3分許，張天送撥

出語音通話2通給「竹子」（雙方通話時間分別1分22秒、1分55秒）、同（3）日1時11分許，「竹子」撥出語音通話1通給張天送（雙方通話時間為19秒）；張天送於110年8月3日1時3分許，駕駛車牌號碼000-0000自用小客車，至洲美橋下附近之○○市○○區○○○路0段00號前，被告於同（3）日1時12分許，駕駛車牌號碼000-0000自用小客車，抵達同路段00號前，張天送隨即駕車前往被告車輛停放處，並下車步行至被告車上，嗣同（3）日1時13分許前開2車輛隨即駛離各情，此亦為張天送於警詢及偵查時證述在卷(見他字卷第132至133頁；偵字第1449號卷第189頁)。如果可信，參以於同年8月4日在張天送住處查扣海洛因等情，經綜合評價，可否佐證張天送於警詢中之證述為實在可信？又關於毒品交易聯絡方式是否以明示種類及金額等為必要？各節，容有再予斟酌之餘地。

㈢原判決未詳加調查、審酌上情，遽行割裂事證，予以分別論斷，而為有利於被告之認定，致檢察官上訴意旨執以指摘，難昭折服，有調查職責未盡及理由不備之違誤。

四、以上，或為檢察官上訴意旨所指摘(明示僅對原判決關於諭知被告無罪部分上訴)，或為本院得依職權調查之事項，檢察官指摘原判決關於被告被訴販賣第一級毒品予張天送部分違法，為有理由，應認原判決關於此部分，有撤銷發回更審之原因。

乙、上訴駁回(即鄭明竹販賣第一級毒品予黃俊偉)部分

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原審審理結果，認定被告有如原判決事實欄所載販賣第一級毒品海洛因之犯行。因而維持第一審關於就此論處被告販賣第一級毒品罪刑，並諭知相關沒收、追徵部分之判決，駁回檢察官及被告就此部分在第二審之上訴。已詳述調查、取捨證據之結果，以及認定犯罪事實之得心證理由。

三、被告上訴意旨略以：

證人即所謂購毒者黃俊偉固指稱：其向被告購買海洛因云云，惟依黃俊偉於警詢時供稱：我無業，寄居友人或車上等語，可見其並無資力可購買海洛因。而其所指通訊監察錄音譯文所載「買一個」一節，究係指海洛因或第二級毒品甲基安非他命，亦有未明。況證人即與黃俊偉同行之陳佳宏於第一審審理時證稱：被告拿甲基安非他命給我們，沒收錢，要我們「先頂一下」等語，可見被告並未販賣海洛因給黃俊偉。原審未依職權調查海洛因與甲基安非他命之替代性，亦未詳加審酌上情，逕認被告有販賣海洛因犯行，有調查職責未盡及理由欠備之違法。

四、經查：

證據之取捨與證據之證明力如何，均屬事實審法院得裁量、判斷之職權，苟其裁量、判斷，並不悖乎經驗法則或論理法則，且已於判決內論敘其何以作此判斷之心證理由者，即無違法可言。

原判決係依憑被告所為不利於己部分之供述，佐以黃俊偉、陳佳宏之證詞，並參酌卷附通訊監察錄音譯文等證據資料，而為前揭事實認定。並對被告否認販賣海洛因予黃俊偉所辯各節，如何不能採信，詳予指駁。且進一步說明：黃俊偉於警詢及偵訊時一致供稱：我開車載陳佳宏去找被告。我跟陳佳宏有先以電話與被告聯繫，通訊監察錄音譯文所載「一個」，就是海洛因1公克。當場我以3,000元買到1公克海洛因等語，核與通訊監察錄音譯文所載：被告：「你跟阿弟丫都一個一個就好」、「再一分鐘就看到我」等語，大致相符。可見雙方係以「一個」之暗語交易海洛因。至於陳佳宏

於第一審審理時，或證稱：我跟黃俊偉當天本來要向被告買甲基安非他命，但被告沒有收錢；或陳稱：我們本來是要跟被告拿海洛因，但被告沒有，改拿甲基安非他命給我們，被告說先頂一下；或指稱：我是要拿甲基安非他命。黃俊偉要拿海洛因各等語，關於是何人向被告拿何種毒品，所述前後不一，已難遽信。況依陳佳宏於第一審審理時證稱：我有施用海洛因與甲基安非他命，施用甲基安非他命後不會想睡覺，海洛因會讓我放鬆、想睡覺等語（見第一審卷二第238頁）。可見海洛因與甲基安非他命之作用不同，如何能有替代功用而可以「頂替一下」？且所述其與黃俊偉係拿不同種類之毒品一節，亦與通訊監察錄音譯文所載「你跟阿弟丫都一個一個就好」之同種毒品內容不符，堪認其所為有利於被告之說詞，不可採信之旨。至於黃俊偉係無業且居無定所，與其向被告購買海洛因一節，並無必然關聯性，無從逕為有利於被告之認定。又原判決已說明海洛因與甲基安非他命之藥性及作用不同，難認有何替代性之依據。則原判決未依職權就海洛因與甲基安非他命有無替代性一節，為無益之調查，並無調查職責未盡之可言。原判決所為論斷說明，尚與經驗法則、論理法則不悖，揆之上開說明，自不能任意指為違法。上訴意旨指摘：原判決認定被告有販賣海洛因犯行違法云云，係置原判決明白論敘於不顧，單純再為犯罪事實有無之爭論，與法律所規定得上訴第三審之理由，不相適合。

五、綜上，被告上訴意旨，核係對原審取捨證據與判斷證據證明力之職權行使，以及原判決已經說明之事項，任意指摘為違法，或以自己之說詞，再為犯罪事實有無之爭辯，或非依據卷證資料而為指摘違法，皆非適法之第三審上訴理由。本件關於被告販賣第一級毒品予黃俊偉部分之上訴，為違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條、第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　11　　月　　19　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　蘇素娥

法　官　洪于智

法　官　吳秋宏

法　官　周政達

本件正本證明與原本無異

書記官　杜佳樺

中　　華　　民　　國　　114　　年　　11　　月　　25　　日